

Eenheid in het bewijsrecht

Een vergelijking tussen de uitgangspunten van het civiele en het bestuursrechtelijke bewijsrecht

Mr. Y.E. Schuurmans

1. Inleiding

In een essay uit het begin van de jaren tachtig verhaalt Twining van een fictieve discussie over het curriculum van een nieuw te vestigen rechtenfaculteit. De aangestelde hoogleraren gaan met elkaar in debat over de vraag hoe de faculteit zich zou moeten profileren. De oudste onder hen komt met een 'logisch' voorstel. Omdat een advocaat ongeveer 90% van zijn tijd besteedt aan het omgaan met feitelijke kwesties, zou ongeveer 90% van zijn opleidingstijd daaraan moeten worden besteed. Zijn voorstel om een '*Bachelor of Facts*' op te richten, ontlokt uiteenlopende reacties:

'We do it already.'

'Illiberal!'

'It's only common sense. Therefore it is unteachable.'

'Fact-finding can only be learned by experience.'

'None of us is competent to teach it.'

'There are no books.'

'You cannot study facts in isolation from law.'

'Law schools should only teach law'

'The students would not find it interesting or easy.'

'The concept of a fact is a crude positivist fiction.'

'Who would want to go through life labeled a BF?'¹

Hadden Nederlandse juristen aan dit debat deelgenomen, dan had daar nog aan kunnen worden toegevoegd:

'Wij kennen niet eens één vak bewijsrecht in het huidige curriculum.'

'Er bestaat geen duidelijk concept van het Nederlandse bewijsrecht en daardoor ook geen eenheid.'

Waarna enkele bestuursrechtelijke academici hadden uitgeroepen:

'Maar wij hebben in ons procesrecht ook helemaal geen bewijsrecht nodig!'

Die laatste zin geeft een stroming aan die lange tijd in het bestuursrechtelijke forum de overhand heeft gehad en die nog steeds aanwezig is. Zij vormt een vertaling van de vrij-bewijsleer. Het bestuursrecht heeft geen bewijsregels nodig, omdat bewijslevering niet aan regels gebonden zou moeten zijn. Deze vrijheid maakt het voor de bestuursrechter mogelijk om zonder procesrechtelijke barrières te zoeken naar de materiële waarheid. De vrij-bewijsleer werd bij het opstellen van de Algemene wet

1 W. Twining, 'Taking Facts Seriously', in: W. Twining, *Rethinking Evidence*, Cambridge: Cambridge University Press 2006, p. 14-15.

bestuursrecht (Awb) nog volledig onarmd, wat ertoe leidde dat geen regels van materieel bewijsrecht in die wet werden neergelegd.² Wel regels van meer procedurele aard vonden hun weg. Zo is geregeld hoe getuigen moeten worden opgeroepen en hoe een deskundige kan worden benoemd. De rechtsontwikkeling heeft nadien niet stilgestaan. Zo verscheen jurisprudentie over de toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal,³ over de bewijslastverdeling⁴ en over de mogelijkheid om nieuw bewijsmateriaal in de rechterlijke procedure te betrekken.⁵ Dit heeft er echter nog niet toe geleid dat de leer van het bestuursrechtelijke bewijsrecht anders dan 'vrij' wordt gekwalificeerd.

Het bewijsrecht heeft in het civiele recht een veel langere traditie en vond al snel de weg naar wetgeving. Het Franse bewijsrecht in de Code Civil stond model voor de regeling van het bewijsrecht dat lange tijd in Nederland gold.⁶ Kenmerkend daarvoor was dat de bepalingen van het materiële bewijsrecht werden neergelegd in het Burgerlijk Wetboek, terwijl de bepalingen van het formele bewijsrecht in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) terecht kwamen. De grootste wijziging heeft nadien in 1988 plaatsgevonden, waarbij al het bewijsrecht naar het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering werd overgebracht. De wetswijziging was echter niet alleen cosmetisch van aard, maar had ook belangrijke inhoudelijke implicaties. Pitlo/Hidma & Rutgers spreken van 'een breuk ten opzichte van het oude denken over civielrechtelijk bewijs'.⁷ De wetswijziging bracht aanzienlijk meer vrijheid in het bewijsrecht. 'De nieuwe wet wordt beheerst door de gedachte dat de rechter zo veel mogelijk vrij dient te zijn bij het vinden van een goede oplossing op het gebied van het bewijsrecht; de wet behoort hem daarbij zo min mogelijk belemmeringen in de weg te leggen'.⁸ De opsomming van bewijsmiddelen werd vervangen door één artikel (art. 152 Rv), inhoudende dat het bewijs door alle middelen kan worden geleverd. Het tweede lid van dat artikel voegt daaraan toe dat de waardering van het bewijs in beginsel aan het vrije oordeel van de rechter is overgelaten. Het bewijsrecht is eveneens van toepassing verklaard op de verzoekschriftprocedure, maar de aard van

2 Zie voor een uiteenzetting van die parlementaire geschiedenis Y.E. Schuurmans, *Bewijslastverdeling in het bestuursrecht. Zorgvuldigheid en bewijsvoering bij beschikkingen*, diss. Amsterdam, VU, Deventer: Kluwer 2005, p. 38 e.v.

3 Zie o.a. M.C.D. Embregts, *Uitsluiting over bewijsuitsluiting. Een onderzoek naar de toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs in het strafrecht, het civiele recht en het bestuursrecht*, diss. Tilburg, Deventer: Kluwer 2003.

4 Zie Schuurmans 2005.

5 Zie o.a. L.J.A. Damen, 'De bewijsfuik. Hoe en wanneer moet een oud-mijnwerker zijn silicose bewijzen?', *AA* 2000, p. 61-69; R.H. de Bock, 'De toetsing van feiten door de bestuursrechter en het vriespunt van de afdeling bestuursrechtspraak', *JBplus* 2000, p. 66-77; E.J. Daalder en M. Schreuder-Vlasblom, 'Balanceren boven nul', *NTB* 2000, p. 214-221.

6 Zie Asser, Anema, Verdam, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Vijfde deel – van bewijs*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1953, p. 1-15 voor een uitgebreid geschiedkundig overzicht van het civiele bewijsrecht.

7 Pitlo/Hidma & Rutgers, *Bewijs*, achtste druk, Deventer: Kluwer 2004, p. 6.

8 P.A. Stein, 'Het nieuwe bewijsrecht voor de civiele procedure', *NJB* 1988, p. 387.

de in geding zijnde rechten kan zich tegen de toepassing verzetten.⁹ Een andere ontwikkeling binnen het bewijsrecht die na die tijd veel aandacht heeft gekregen, is de introductie van de waarheidsplicht in 2002.¹⁰ Op basis van artikel 21 Rv zijn partijen verplicht de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren. Die gehoudenheid resulteert onder meer in de zogenaamde substantiërings- en bewijsaandraagplicht. Eiser dient in de dagvaarding onder meer de bewijsmiddelen te noemen waarover hij kan beschikken en gedaagde vermeldt in de conclusie van antwoord de bewijsmiddelen die hij tot zijn beschikking heeft.¹¹

Het bestuursrecht en het civiele recht hebben een geheel eigen en van elkaar verschillende ontwikkeling doorgemaakt. Vergelijkt men het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering met de Awb,¹² dan zijn de verschillen wat het bewijsrecht betreft erg groot. In deze bijdrage zal worden gezien of dat grote verschil in bewijsrecht voornamelijk ligt in de mate van codificatie, of dat de uitgangspunten van het bewijsrecht fundamenteel verschillen. Zo wordt stilgestaan bij de taak van de rechter bij de feitenvaststelling, de taakverdeling tussen rechter en partijen bij de gegevensverzameling, het belang van de voorprocedure, de bewijslastverdeling en de bewijsoverlevering. Deze bijdrage heeft niet de strekking om regelgeving en jurisprudentie met betrekking tot bewijsrechtelijke onderwerpen gedetailleerd uiteen te zetten. Beoogd wordt om de grootste verschillen en overeenkomsten tussen de uitgangspunten van het bestuursrechtelijke en het civiele bewijsrecht voor het voetlicht te brengen en de ontwikkelingen ten aanzien van de genoemde thema's te beschrijven.¹³

Ondanks de in het oog springende verschillen, valt aan bovenstaande korte introductie van het bewijsrecht van beide rechtsgebieden ook al een gemeenschappelijk punt op. Op beide terreinen worstelt men met het ideaal van vrije waarheidsvinding en de noodzaak om daar aan de hand van procedurele regels paal en perk aan te stellen. Waar het bestuursrecht vertrekt vanuit de vrij-bewijsleer en zoekt naar regels om de vrijheid van partijen en rechter beheersbaar te houden, daar is het civiele recht vanuit gedetailleerde wettelijke bewijsbepalingen op weg naar meer vrijheid en een grotere nadruk op de waarheidsvinding. Daarbij doemt het beeld op van een weg waarop twee tegenliggers elkaar naderen, maar niet duidelijk is of zij elkaar ooit tegenkomen, elkaar zullen kruisen of uiteindelijk parallel gaan rijden.

9 Art. 284 Rv.

10 Zie o.a. C.J.M. Klaassen, Spreken is zilver, zwijgen is fout. De waarheidsplicht van artikel 21 NRv, *NJB* 2002, p. 1450-1458; B.T.M. van der Wiel, *De rechtsverhouding tussen procespartijen*, diss. Leiden, Kluwer 2004.

11 Art. 111, lid 3 Rv en art. 128, lid 5 Rv.

12 Weliswaar kunnen ook materiële bestuursrechtelijke wetten bewijsregels bevatten, maar deze zullen niet een zelfde algemeen karakter hebben als de artikelen in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

13 Zie voor een meer gedetailleerde vergelijking van wetsartikelen en jurisprudentie over bewijs L. Di Bella en Y.E. Schuurmans, 'Schade als gevolg van een onrechtmatig besluit: vergoeding via het burgerlijk of het bestuursprocesrecht?', *O&A* 2006, p. 90-96, waarin de verschillen op het punt van de stelplicht, bewijslastverdeling, beperkingen in de bewijsoverlevering, bewijsoaanbod en bewijsopdracht worden geanalyseerd.

2. De taak van de rechter ten aanzien van de feitenvaststelling

Een eerste blik op beide bewijsstelsels levert direct een aantal verschillen op. Zo is er een verschil in partij-autonomie, de lijdelijkheid van de rechter en de rechterlijke bevoegdheid om feiten aan te vullen. Het grootste verschil tussen het civiele en het bestuursrechtelijke bewijsrecht is echter gelegen in de staatsrechtelijke taak die de rechter in beide stelsels toekomt. De civiele rechter beslecht het juridische geschil tussen partijen, waarbij hij in zijn uitspraak de rechtsbetrekking tussen partijen vaststelt. Partijen zullen in het geding de rechter ervan proberen te overtuigen dat hen een bepaald recht toekomt en dat op de wederpartij een (corresponderende) plicht rust. De bewijsvoering in het geding is erop gericht om de rechter te overtuigen van de feiten die dat recht doen intreden. Een feit is bewezen, indien de rechter bereid is – gelet op het daaraan verbonden rechtsgevolg – om het gestelde feit voor waar te houden.¹⁴ De zaak eindigt met de vaststelling van de rechten en plichten van eiser en gedaagde.

Het bovenstaande gaat voor een deel ook op voor de bestuursrechtelijke procedure. Uiteraard proberen ook daar partijen de rechter ervan te overtuigen dat hij bepaalde feiten voor waar moet houden. Belangrijk verschil is echter dat de rechter niet de eerste instantie is die de feiten vaststelt en daarop het recht toepast, maar dat pas in tweede instantie doet, namelijk pas na het bestuursorgaan. Daardoor kunnen er voor de rechter zowel principiële als praktische redenen zijn waarom hij afstand bewaart tot de feitenvaststelling.

De principiële redenen houden verband met de machtenscheiding binnen het staatsrechtelijke bestel.¹⁵ Het bestuursorgaan voert de wet uit en stelt in het besluit de rechtsbetrekking tussen hem en een burger vast. De rechter toetst dat besluit op rechtmatigheid. Het hangt dan af van de aanwezigheid van beoordelings- of beleidsvrijheid in welke mate de rechter zijn eigen oordeel daarvoor in de plaats mag stellen en zelf de rechtsbetrekking kan vaststellen. In ieder geval is het niet zijn taak om de besluitvorming in rechte geheel over te doen.

De feitenvaststelling maakt onderdeel uit van de rechtsvaststelling door het bestuursorgaan. De bestuursrechter toetst de bestuurlijke feitenvaststelling op rechtmatigheid, maar er bestaat binnen het bestuursrecht geen eenduidige opvatting over de aard van die rechtmatigheidstoets. Enerzijds bestaat de opinie dat een besluit onrechtmatig is wanneer het bestuursorgaan niet al zijn juridische plichten is nagekomen om de feiten zorgvuldig te onderzoeken en vast te stellen. De rechter controleert dan met name de bewijsverzameling en feitenvaststelling door het bestuur ten tijde van de besluitvorming. In beroep kan dan niet zonder meer nieuw bewijsmateriaal in de beoordeling worden betrokken, waarmee het bestuur geen rekening heeft kunnen houden (de zogenaamde bewijsfuik).¹⁶ Zou de rechter dat nieuwe bewijsmateriaal beoordelen, dan zou hij onder bepaalde omstandigheden de rechtsschep-

14 Vgl. Asser, Anema, Verdam 1953, p. 35 en 36; Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, p. 7.

15 Daalder en Schreuder-Vlasblom 2000.

16 Zie nader Damen 2000; De Bock 2000; Daalder en Schreuder-Vlasblom 2000.

pende taak van het bestuur overnemen. Anderzijds wordt het standpunt ingenomen dat de rechter een eigen verantwoordelijkheid draagt voor een feitenvaststelling die zoveel mogelijk met de materiële waarheid overeenkomt. De rechter toetst het besluit inderdaad op rechtmatigheid, maar deze 'rechtmatigheid' wordt anders gedefinieerd. Het besluit is onrechtmatig wanneer in beroep blijkt dat de feiten in werkelijkheid anders liggen dan in het besluit is vastgesteld. Dat het bestuur geen schending van een rechtsplicht in de bestuurlijke fase kan worden verweten, staat niet aan die kwalificatie in de weg.¹⁷ In die opvatting is het van belang dat eerst met het beroep op de rechter sprake is van een 'echte rechtszaak'¹⁸ waarbij een onafhankelijke instantie over het recht oordeelt. Dat betoog wordt wel onderstreept met een beroep op artikel 6 EVRM, dat vordert dat de rechter in laatste instantie de burgerlijke rechtsbetrekking vaststelt.¹⁹ Bovenstaande opvattingen geven een verschillend toetsingskader, maar hoeven overigens niet tot een verschillend resultaat te leiden. Blijken de feiten onjuist te zijn vastgesteld, dan zal in veel gevallen het bestuur onzorgvuldig een besluit hebben genomen, zodat aan de hand van beide toetsingskaders het besluit moet worden vernietigd. In het eerstgenoemde toetsingsperspectief, veelal aangeduid als de retrospectieve toets, bestaan er principiële redenen waarom de rechter de feitenvaststelling niet overdoet.

Los van dit dogmatische debat in de wetenschap kan worden geconstateerd dat in de praktijk de bestuursrechter een afstand bewaart tot de feitenvaststelling. Uit empirisch onderzoek blijkt dat in het bestuursrechterlijke proces nog maar weinig ruimte wordt genomen voor bewijslevering.²⁰ Ten tijde van de voorbereiding van het besluit heeft het bestuursorgaan, veelal met medewerking van de belanghebbende, de relevante gegevens verzameld. De rechter beschikt al over veel informatie en zal alleen mogelijkheden tot nadere bewijslevering bieden wanneer er twijfel bestaat over de deugdelijkheid van de feitenvaststelling door het bestuursorgaan. Dat maakt het perspectief van de burgerlijke rechter en de bestuursrechter behoorlijk anders. De civiele rechter is degene die uiteindelijk moet worden overtuigd en die gezaghebbend de feiten vaststelt. In het bestuursrecht moet allereerst het bestuursorgaan worden overtuigd en dit stelt als eerste gezaghebbend de feiten vast. De bestuursrechter toetst dat besluit en zal, indien nodig, een correctie aanbrengen. Dat resulteert dan overigens veelal niet in een expliciete feitenvaststelling door de bestuursrechter. Veelal geeft deze aan waarom het bestuursorgaan niet het juiste

17 J.E.M. Polak e.a., *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid. Van toetsing naar geschilbeslechting* (rapport Commissie Rechtsbescherming van de VAR), Den Haag: BJu 2004, p. 112 e.v. en R.H. de Bock, 'Waarheidsvinding in het bestuursrecht', in: *Het procesrecht en de waarheidsvinding* (NVvP-reeks 13), Den Haag: BJu 2001, p. 44.

18 B.W.N. de Waard, 'Het verdwenen beginsel. Over feitenvaststelling in het bestuursrecht', in: A.W. Heringa e.a. (red), *Het bestuursrecht beschermd, Liber amicorum prof.mr. F.A.M. Stroink*, Den Haag: Sdu 2006, p. 119.

19 H.J. Simon, 'Bewijzen in het bestuursrecht', *JBplus* 1999, p. 32 en H.J. Simon, 'De taakopvatting van de rechter in de bewijsvoering in het bestuursrecht. De bestuursrechtelijke fuik', in: A.F.M. Brenninkmeijer e.a. (red), *De taakopvatting van de rechter*, Den Haag: BJu 2003, p. 173-182.

20 Barkhuysen, Damen e.a., *Feitenvaststelling in beroep*, Den Haag: BJu 2007.

onderzoek heeft gedaan en krijgt het bestuursorgaan de opdracht de feitenvaststelling over te doen en een vervangend besluit te nemen. Dat heeft als consequentie dat in de bestuursrechtelijke rechtspraak vooral bewijsregels worden geformuleerd die zien op de besluitvormingsfase. Het bewijsrecht dat geldt in de rechterlijke fase is nog weinig tot ontwikkeling gekomen.

Het is de verwachting dat daarin de komende jaren enige verandering gaat plaatsvinden. Een van de kritiekpunten uit de derde evaluatie van de Awb zag op het gebrek aan bewijsregels in de rechterlijke fase. Zo is aanbevolen dat aan de inzet van onderzoeksbevoegdheden door de rechter duidelijker inhoud wordt gegeven.²¹ Daarnaast werd geconcludeerd dat de bewijspositie van eiser ondergereguleerd is in de Awb en dat een betere voorlichting op zijn plaats is.²² Naar aanleiding daarvan heeft de Commissie Evaluatie Awb III (Commissie-Ilsink) de wetgever aanbevolen om na te gaan of in hoofdstuk 8 Awb een regeling van het bewijsrecht moet worden opgenomen.²³ Echter, ook als het zover komt, zal de aandacht van het bestuursrechtelijke bewijsrecht hoofdzakelijk blijven uitgaan naar de gegevensverzameling in de besluitvormingsfase.

3. De verhouding tussen rechter en partijen

De traditionele taak van de bestuurs- en civiele rechter binnen het proces verschilt, ook los van de staatsrechtelijke verhoudingen. De bestuursrechter is lange tijd afgeschilderd als een actieve rechter, die op zoek was naar de materiële waarheid en ongelijkheidscompensatie bood. Er werd veel belang gehecht aan de juiste toepassing van het objectieve recht. In het civiele geding zou de rechter een lijdelijke rol innemen. Niet alleen de taak van de rechter, maar ook de verhouding tussen partijen verschilt. Deze verschillen werken door in het debat over de feiten en in de rechterlijke bevoegdheden ten aanzien van de feitenvaststelling.

Partijen in het civiele proces kunnen feitelijk ongelijk zijn, juridisch nemen zij eenzelfde positie in. Elke partij komt op voor haar eigen belang en zal het door haar geclaimde recht met alle middelen willen binnenhalen. Dat heeft zijn weerslag op het feitelijk debat in rechte. Er wordt geen onbevangen onderzoek naar de feiten ingesteld, om vervolgens te bezien tot welk rechtsgevolg die feiten leiden. Omdat partijen een bepaald rechtsgevolg nastreven (of het intreden daarvan willen voorkomen), zullen zij de feiten zo presenteren dat die tot de door hen gewenste conclusie leiden.²⁴ Een proces dat ingericht is op tegenspraak, compliceert de historische waarheidsvinding. De keuze en presentatie van de bewijsmiddelen zal worden beheerst door het gewenste resultaat.

21 Barkhuysen, Damen e.a 2007, aanbeveling 18.

22 Barkhuysen, Damen e.a 2007, aanbeveling 6.

23 Commissie Evaluatie Awb III, *Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 2002-2006*, Den Haag: BJu 2007, p. 33.

24 W.D.H. Asser, 'Ten afscheid', in: Y.E. Schuurmans (red.), *Bewijzen en beslissen*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006, p. 50 e.v.

De partijautonomie in het civiele geding komt nadrukkelijk naar voren in de afbakening van het geding. Partijen bepalen de aard en omvang van het geding en de rechter beslist op basis van hetgeen partijen aan de vordering en het verweer ten grondslag hebben gelegd.²⁵ De civiele rechter vult ambtshalve de rechtsgronden aan, maar het is hem niet toegestaan de feiten aan te vullen. De rechter moet het doen met de feiten zoals die door partijen zijn gesteld. Betwist de wederpartij de gestelde feiten onvoldoende, dan moet de rechter ze in beginsel als vaststaand aannemen, zo bepaalt artikel 149 Rv. Dat brengt een aanzienlijke verantwoordelijkheid voor partijen met zich. Zij zullen alle feiten die relevant zijn voor de toewijzing van de eis of het verweer moeten stellen.

Het derde lid van artikel 8:69 van de Awb staat hier lijnrecht tegenover: de bestuursrechter is uitdrukkelijk wél bevoegd (maar niet verplicht) de feiten aan te vullen. De wetgever heeft deze bevoegdheid in het licht van de ongelijkheidscompensatie geplaatst; de rechter kan bij de uitoefening van de bevoegdheid rekening houden met de verhouding tussen partijen.²⁶ De juridische verhouding tussen bestuursorgaan en belanghebbende verschilt principieel van de partijverhouding binnen het civiele proces.²⁷ Het bestuur behartigt het algemeen belang en dient vanuit volstrekte onpartijdigheid de rechtsregels toe te passen. Uiteraard kleurt ook hier de toepasselijke rechtsregel de selectie van feiten en bewijsmiddelen, maar door de onpartijdigheid van het bestuur *zou* de waarheidsvinding meer onbevangen moeten kunnen plaatsvinden. Het bestuur heeft er bijvoorbeeld zelf geen belang bij om een uitkering te weigeren; het heeft er geen belang bij om de waarheid *niet* te vinden. Desalniettemin rijzen ook in het bestuursrecht geschillen over de feiten. Bestaat er feitelijke ongelijkheid tussen partijen, dan kan de rechter zich geroepen voelen om de belanghebbende als minder deskundige partij tegemoet te komen, onderzoek te doen en de feiten aan te vullen.

De rechterlijke bevoegdheid tot feitenaanvulling heeft bewijsrechtelijke implicaties.²⁸ Anders dan in het burgerlijk proces, is de bestuursrechter niet gebonden aan de feiten zoals die door partijen worden gepresenteerd.²⁹ Het bestuursprocesrecht kent geen stelplicht in de zin dat partijen feiten moeten stellen, opdat ze anders onmogelijk tot de bewijsomvang kunnen behoren.³⁰ De rechter kan ook niet-gestelde feiten in de procedure betrekken. Toch mag niet een hele grote rechterlijke vrijheid in de bepaling worden gelezen. De rechter moet blijven binnen de omvang van het geding zoals dat door partijen is afgebakend. Dat betekent dat hij feiten kan

25 Art. 24 Rv.

26 PG Awb II, p. 175 en 464.

27 Zie ook R.J.N. Schlössels, 'Ongelijkheidscompensatie in het bestuursproces. Mythe of vergeten rechtsbeginsel', in: P.P.T. Bovend'Eert, L.E. de Groot-van Leeuwen, Th.J.M. Mertens (red.), *De rechter bewaakt: over toezicht en rechters*, Deventer: Kluwer 2003, p. 142-143.

28 H. Bolt, 'De omvang van het geschil', in: D. Allewijn e.a. (red.), *Bestuursprocesrecht*, Deventer: Kluwer 1999, p. 651 en Schuurmans 2005, p. 63 e.v.

29 PG Awb II, p. 463.

30 Zie over een 'stelplicht' in het bestuursrechtelijk geding en een vergelijking met het civiele recht Di Bella en Schuurmans 2006, p. 90.

aanvullen, maar dat hij daarbij wel moet blijven binnen de door partijen aangedragen geschilpunten. Hij kan geen feitelijk geschilpunt aan het geding toevoegen.³¹

Bij een vergelijking van de bevoegdheid van de rechter en de taak van partijen zijn de verschillen tussen het civiele en het bestuursrechtelijke bewijsrecht groot. De verhouding tussen rechter en partijen is echter niet statisch en de kloof lijkt zich op dit punt enigszins te dichten. Zowel op het gebied van het burgerlijk procesrecht als het bestuursprocesrecht doen zich ontwikkelingen voor ten aanzien van de taakverdeling tussen rechter en partijen.

De introductie van de waarheidsplicht in het burgerlijk procesrecht kan reeds een kleine revolutie worden genoemd. Partijen kunnen dan in grote mate vrij worden geacht hun burgerlijke rechtsbetrekkingen naar eigen inzicht vorm te geven, zij beschikken niet over de vrijheid om in het proces bewust een leugen te verkondigen. Veel verder gaat de waarheidsplicht overigens thans niet.³² Er staan echter ontwikkelingen op stapel. Onder leiding van de commissie bestaande uit Asser, Groen en Vranken is in het kader van de Fundamentele herbezinning een discussie gevoerd over de wenselijke taakverdeling tussen partijen en rechter.³³ Zij pleiten ervoor dat rechter en partijen een gezamenlijke verantwoordelijkheid dragen voor een voortvarend, efficiënt en effectief verlopend proces, waaruit voor partijen een medewerkingsplicht voortvloeit en voor de rechter een actieve attitude. De rechter moet binnen een kort tijdsbestek een vonnis kunnen wijzen dat zoveel mogelijk aansluit bij de werkelijkheid. Dat heeft gevolgen voor de taak die de rechter toekomt bij de feitenvaststelling. In de traditionele opvatting dragen partijen zorg voor de feitelijke grondslag, de rechter voor de juridische grondslag van het geschil. De commissie merkt op dat feit en recht in hoge mate met elkaar verweven kunnen zijn en bepleit dat de rechter een grotere invloed moet kunnen uitoefenen op de feitelijke grondslag van het geschil. De burgerlijke rechter zou niet langer gehouden moeten zijn om feiten die niet door de wederpartij worden betwist voor waar te houden. Acht hij dat voor een verantwoorde oordeelsvorming juist, dan moet hij het waarheidsgehalte van stellingen kunnen toetsen. 'Sluitstuk is de erkenning in het civiele procesrecht van een bevoegdheid als voor het bestuursrecht is neergelegd in artikel 8:69 lid 3 Awb, namelijk dat de rechter ambtshalve de feiten kan aanvullen.'³⁴ Zij gaan zelfs zover dat de rechter de grenzen van het geschil ter discussie kan stellen, in het geval hij deze niet adequaat getrokken acht voor een verantwoorde beslechting van

31 Tenzij de rechter toetst aan bepalingen van openbare orde. Zie nader P.A. Willemsen, *De grenzen van de rechtsstrijd in het bestuursrechtelijk beroep en hoger beroep in rechtsvergelijkend perspectief*, diss. Utrecht, Deventer: Kluwer 2005, p. 88.

32 Wordt niet aan de in de inleiding genoemde substantiërings- en bewijsaandraagplicht voldaan, dan kan de rechter alsnog om verstrekking van de ontbrekende gegevens verzoeken of een sanctie opleggen. Uit onderzoek blijkt echter dat de civiele rechter vrijwel nooit een sanctie oplegt, T. Novakovski, Een functionele substantiëringsplicht: illusie of werkelijkheid?, *RMThemis* 2006, p. 4. De auteur onderzocht 200 dossiers, waarbij in geen van de gevallen waarin de substantiëringsplicht was verzaakt, de rechter een sanctie oplegde.

33 Zie Asser, Groen, Vranken 2003 en van dezelfde auteurs *Uitgebalanceerd*, Den Haag: BJu 2006.

34 Asser, Groen, Vranken 2003, p. 82.

het geschil. Op deze visie van de rechterlijke taak is veel kritiek gekomen³⁵ en ook de Minister van Justitie is terughoudend.³⁶ Een verruiming van de rechterlijke bevoegdheid om ambtshalve in te grijpen in de rechtsstrijd bergt het gevaar in zich van een schijn van partijdigheid en onevenredige vertraging van het proces. Bovendien wordt uitdrukkelijk gewezen op de trend in het bestuursrecht om zeer beperkt van de aanvullingsbevoegdheid gebruik te maken. Toch blijft een deel van de voorstellen overeind. 'Denkbaar is dat aan de bepalingen in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering een bepaling wordt toegevoegd die verduidelijkt dat de rechter binnen de grenzen van de goede procesorde partijen ambtshalve mag wijzen op mogelijkheden om hun stellingen en feiten aan te vullen.'³⁷

In het bestuursprocesrecht heeft zich een andere ontwikkeling voorgedaan, waar de minister al aan refereerde. De rechter is zich in zijn toetsing steeds meer gaan richten op de gronden van eiser. De hoogste rechtscolleges hebben de grenzen van de omvang van het geding strakker gesteld en bewaken met zorg of de lagere rechter met zijn toets daarbinnen blijft.³⁸ De rechter krijgt geen armslag om de feitelijke grondslag van het geding te veranderen. Met betrekking tot de bevoegdheid van de bestuursrechter om de feiten aan te vullen, is weinig jurisprudentie verschenen. Het is bekend dat de bestuursrechter weinig gebruik maakt van zijn onderzoeksbevoegdheden en in de loop van de tijd minder actief is geworden.³⁹ Het is primair de taak van partijen om de feiten aan te brengen. Hebben zij in de aanloop van het proces steken laten vallen in de bewijslevering, dan gaat de rechter dat in beginsel niet in beroep (laten) herstellen. Zo wordt nog maar in weinig zaken een echt vooronderzoek ingesteld. Gebeurt dat toch en stelt de rechter vragen aan partijen, dan is het opvallend dat deze vragen vrijwel steeds aan het bestuursorgaan worden gesteld. Wordt eiser een vraag gesteld, dan ziet deze doorgaans op zijn ontvankelijkheid.⁴⁰ De belanghebbende wordt daardoor vrijwel niet door de rechter begeleid bij zijn bewijslevering en dat past slecht bij de strekking van artikel 8:69, lid 3 Awb, waarin de ongelijkheidscompensatie nog een rol speelde. De status van dat beginsel is in het algemeen lastig te duiden. Onder invloed van de 'wederkerige rechtsbetrekking' dacht de Awb-wetgever de burger al een toenemende eigen

35 Zie o.a. het advies van de Adviescommissie voor het burgerlijk procesrecht, *TCR* 2004, p 2 e.v.; M.L. Hendrikse & A.W. Jongbloed (red.), *De toekomst van het Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2004; P. Ingelse (red.), *Commentaren op fundamentele herbezinning*, Nijmegen: Ars Aequi 2004.

36 Visie op het civiele proces: reactie fundamentele herbezinning burgerlijk procesrecht, aangeboden aan de Tweede Kamer op 5 februari 2007, p. 12-17.

37 *Kamerstukken II* 2006/07, 30 951, nr.1, p. 16 (reactie Minister van Justitie op fundamentele herbezinning burgerlijk procesrecht).

38 Zie R.J.G.M. Widdershoven e.a., *Hoger beroep*, Den Haag: BJu 2001, p. 79-88 en Willemsen 2005, p. 80-85.

39 Zie o.a. A.T. Marseille, *Effectiviteit van bestuursrechtspraak. Een onderzoek naar het verloop en de uitkomst van bestuursrechtelijke beroepsprocedures*, Den Haag: BJu 2004 en Barkhuysen, Damen e.a. 2007.

40 Barkhuysen, Damen e.a. 2007, p. 209.

procesverantwoordelijkheid toe.⁴¹ Die verantwoordelijkheid van de belanghebbende is op het terrein van het bewijsrecht in de loop van de tijd aanzienlijk vergroot. De belanghebbende moet zelf en op eigen initiatief al het relevante bewijs leveren,⁴² de rechter wendt in beginsel geen onderzoeksbevoegdheden aan en de bewijslevering kan worden beperkt door de zogenaamde bewijsfuik en door eisen van de goede procesorde. Maar ook aan het bestuursorgaan worden in het kader van artikel 3:2 Awb steeds concretere eisen gesteld ten aanzien van zijn taak bij de gegevensverzameling. Partijen in het bestuursprocesrecht hebben meer dan voorheen een eigen verantwoordelijkheid voor een voortvarend, efficiënt en effectief verlopend proces. De verantwoordelijkheid van de rechter daarvoor lijkt de laatste jaren wat uit het zicht te zijn geraakt. In de derde evaluatie van de Awb wordt daarop gereageerd. Zowel in het rapport over de feitenvaststelling als in het rapport over definitieve geschilbeslechting is bepleit dat de bestuursrechter weer een meer actieve houding dient in te nemen, dat hij zich explicieter over de bewijslastverdeling dient uit te spreken en in het algemeen betere instructies dient te geven over de bewijsmogelijkheden in beroep.⁴³

De taakverdeling tussen rechter en partijen betreft een dynamisch vraagstuk. Binnen het burgerlijk procesrecht gaan stemmen op om de rechter meer armslag te geven ten aanzien van de feiten, waarbij een rol speelt dat de rechterlijke beslissing zo dicht mogelijk moet aansluiten op de realiteit. Waar in het bestuursrecht de materiële waarheid van oudsher hoog in het vaandel staat, is de rechter minder onderzoek gaan doen, vult hij nauwelijks de feiten aan en zijn de procesverantwoordelijkheden van partijen toegenomen. Op het gebied van de verantwoordelijkheden van rechter en partijen voor de feiten komen het burgerlijk procesrecht en het bestuursprocesrecht nader tot elkaar. Als gemeenschappelijk element komt de behoefte naar voren aan een bewijslevering die primair door partijen wordt verricht, maar met daarnaast de behoefte aan een duidelijke regie door de rechter, opdat de feitenvaststelling zo dicht mogelijk bij de waarheid aansluit. In het bestuursrecht is wat bewijslevering betreft al wel gekozen voor een partijenproces, maar het heeft ten opzichte van het civiele recht nog een flinke slag te maken op het gebied van de waarborgen waarmee een dergelijk proces dient te worden omkleed. De regietaak van de bestuursrechter is nog weinig ontwikkeld.

4. Het belang van de voorfase van de procedure

In paragraaf 2 is al uiteengezet dat het bestuursrechtelijke bewijsrecht in eerste instantie gericht is op de feitenvaststelling in de besluitvormingsfase. Het bestuursorgaan is het eerste orgaan dat gezaghebbend de feiten vaststelt. Idealiter eindigt de bestuursrechtelijke procedure met de vaststelling van het besluit. Blijkt daarna een

41 Schlössels 2003, p. 144 e.v.

42 Zie bijv. CRvB 1 juni 2005, JB 2005/237 m.nt. Wenders.

43 Barkhuysen, Damen e.a. 2007, p. 333 en 334; B.J. Schueler e.a., *Definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter*, Den Haag: BJu 2007, p. 137.

geschil te bestaan tussen belanghebbende en bestuur over de feiten, dan zou dat in bezwaar moeten worden opgelost. De bezwaarfase heeft onder meer de functie om imperfecte besluiten te repareren en een 'zeeffunctie', doordat onnodige beroepen op de rechter worden voorkomen. Voor een efficiënte en effectieve uitvoering van de wet is het bevorderlijk wanneer de feiten zo vroeg mogelijk in de procedure zo volledig mogelijk op tafel komen en naar waarheid kunnen worden vastgesteld. Dat kan van beide partijen een inspanning vergen om het relevante bewijsmateriaal te verzamelen en over te leggen. Die verplichting is neergelegd in de artikelen 3:2 en 4:2 lid 2 Awb, waarop in paragraaf 6 nader wordt ingegaan. Wanneer de procedure in beroep een aanvang neemt, ligt er een gemotiveerd besluit voor en is het onderliggende besluitvormingsdossier met alle relevante stukken overgelegd. Nadere bewijslevering is alleen nog nodig indien er twijfel bestaat over de feitenvaststelling door het bestuur. Zoals in paragraaf 2 is beschreven, kunnen aan die bewijslevering in beroep beperkingen zijn verbonden, wanneer een partij verwijtbaar verzaakt heeft in de voorfase bewijsmateriaal te verzamelen.

Het civiele geding is juist ingericht op bewijslevering door partijen binnen het proces. In beginsel kunnen gedurende de gehele procedure producties in het geding worden gebracht, tot het moment dat vonnis is bepaald.⁴⁴ Partijen hebben voorts ruime mogelijkheden om door middel van getuigenbewijs hun stellingen aan-nemelijk te maken. De voorfase van het civiele proces is lange tijd onderbelicht ge-bleven. Weliswaar kunnen partijen voorafgaand aan het proces al om een voorlopig getuigenverhoor of een voorlopig deskundigenbericht verzoeken om zicht te krijgen op de bewijsbaarheid van stellingen, maar meer structurele aandacht voor de feiten-verzameling in de voorfase ontbrak. Ook op dit punt neemt de commissie Funda-mentele herbezinning het heft in handen. Zij pleit ervoor de feitenverzameling veel meer in de voorfase te laten plaatsvinden, teneinde het proces voortvarend, efficiënt en effectief te kunnen laten verlopen. De voorfase van het proces zou er onder meer voor moeten dienen om de feitelijke grondslag van het geschil zo snel mogelijk duidelijk te krijgen en om het benodigde bewijsmateriaal te completeren. Daarbij is het natuurlijk de vraag hoe partijen tot die inspanning kunnen worden verleid. Onderzoek doen naar de feiten en het verzamelen van bewijs kan een dure aange-legenheid zijn. Zijn partijen nog niet zeker of zij een procedure willen gaan volgen, dan zijn zij misschien niet bereid die kosten nu al te maken. Bovendien komt hen later misschien helemaal niet de bewijslast toe, zodat de inspanning van de weder-partij had mogen worden verwacht.⁴⁵ De herbezimmers komen met een normatief kader, aan de hand waarvan de rechter later in het proces partijen kan aanspreken op onvoldoende feitenverzameling in de voorfase van het proces. Dat normatieve

44 Art. 85 Rv. Zie over het moment tot waarop bewijs kan worden geleverd V.C.A. Lindijer, *De goede procesorde*, diss. Groningen, Deventer: Kluwer 2006, p. 169-281.

45 Zie H.J. Snijders, *They have a dream... een fundamenteel nieuw wetboek van rechtspleging*, *NJB* 2003, p. 1702.

kader heeft verdacht veel weg van de bij de invoering van de Awb bepleite 'wederkerige rechtsbetrekking'.⁴⁶

'Wat mag men, hiervan uitgaande, dan in de voorfase van partijen redelijkerwijs verwachten? In elk geval dat zij rekening houden met elkaars belangen met het oog op de beëindiging van het geschil. Zodra zij in een geschil zijn betrokken staan zij in een verhouding tot elkaar die normerend moet zijn voor hun gedrag. (...). Cliënt en advocaat hebben een ons inziens maatschappelijke verantwoordelijkheid om rekening te houden met de genoemde belangen van de wederpartij en om serieuze pogingen te ondernemen het geschil zonder rechterlijke tussenkomst te beëindigen. Het is niet meer vanzelfsprekend dat men het op een proces laat aankomen en daarom mag van partijen worden verwacht dat zij de rechter desgevraagd meedelen waarom de procedure niet te vermijden was. Een aspect dat hiermee verband houdt is dat partijen gehouden zijn om de feitelijke grondslag van hun geschil zo snel mogelijk duidelijk te krijgen. Zij hebben op dit punt een informatieplicht jegens elkaar teneinde elkaar duidelijkheid te verschaffen over het eigen standpunt en de feiten waarop dit berust.'⁴⁷

Partijen dienen rekening te houden met de belangen en de positie van de wederpartij en daar hun procedeergedrag op af te stemmen. Zij mogen het proces niet nodeloos rekken, dienen te streven naar een buitengerechtelijke beëindiging en zijn verplicht de procedure goed voor te bereiden, onder meer door elkaar feitelijke informatie te verstrekken. Partijen zijn hierbij gebaat omdat de voorlopige bewijsverrichtingen hen de mogelijkheid bieden om de eigen positie te waarderen en de proceskansen goed te kunnen inschatten.⁴⁸ Voorts is het belang van de waarheidsvinding erbij gebaat dat eerst een onderzoek naar de feiten wordt ingesteld, alvorens de juridische positie te bepalen. 'Prematuur ingenomen posities bevorderen een op die posities gerichte selectie van de feiten en verhinderen aldus een grondig onderzoek naar de feiten.'⁴⁹ De visie zal alleen normerend kunnen werken, wanneer partijen ook gevolgen ondervinden van het al dan niet naleven van de norm.

'De voorlopige bewijsmaatregelen die nu in de wet staan, gaan uit van vrijblijvendheid van de wederpartij van de verzoekende partij. Die wederpartij kan zelf beslissen of hij of zij bij het voorlopig getuigenverhoor aanwezig zal zijn. Dat vrijblijvende karakter zal moeten verdwijnen en de rechter zou, indien die wederpartij niet heeft meegewerkt aan een bewijsverzameling in de voorfase terwijl die medewerking wel redelijkerwijze van haar kon worden verwacht, daaraan gevolgen kunnen verbinden in de sfeer van de proceskosten die zijn verbonden aan het alsnog horen van getuigen in de procedure.'⁵⁰

De Minister van Justitie onderschrijft de gedachte van de coöperatieve houding van partijen, waarbij elke partij een eigen verantwoordelijkheid heeft om bij te dragen aan de oplossing van het geschil. Voorgesteld wordt om dat beginsel toe te voegen aan de algemene beginselen in het Eerste boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.⁵¹ De minister voelt er evenwel niet voor om die coöperatieve

46 Zie over die wederkerige rechtsbetrekking PG Awb I, p. 39 en PG Awb II, p. 174.

47 Asser, Groen, Vranken 2003, p. 95 en 96.

48 Asser, Groen, Vranken 2003, p. 97 en 124.

49 Asser, Groen, Vranken 2003, p. 96.

50 Asser, Groen, Vranken 2003, p. 125.

51 *Kamerstukken II* 2006/07, 30 951, nr.1, p. 13.

houding te stimuleren door sancties als een proceskostenveroordeling. Meer in het algemeen worden bedenkingen geuit bij de voorstellen om de voorfase van het proces nader te reguleren. Daarbij speelt een rol dat tijd, moeite en kosten die worden besteed om plichten in de voorfase te vervullen, niet steeds in de procedure zullen worden terugverdiend.⁵²

Het belang van de voorfase voor de feitenverzameling verschilt al met al aanzienlijk in het bestuursrecht en het civiele recht. In het bestuursrecht vindt de feitenverzameling primair plaats in de besluitvormingsfase. Uit de volgende paragraaf zal blijken dat uit het normatieve kader van die voorfase de bewijsverplichtingen van partijen in het proces voortvloeien. Het burgerlijk procesrecht functioneert niet zo. Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering geeft de bewijsverplichtingen voor partijen binnen het proces en die verplichtingen kunnen hun uitstraling hebben naar de voorfase. Omdat een partij weet dat haar voor een bepaald feit de bewijslast zal toekomen, vergaart zij nu alvast de relevante informatie, bijvoorbeeld door een voorlopige bewijsverrichting. In het bestuursrecht wordt van voor naar achter geredeneerd, in het civiele recht van achter naar voor. Er is een denkrichting binnen het civiele procesrecht waarin het belang van de voorfase wordt benadrukt. Er wordt nagedacht over een normatief kader, waardoor partijen al in de voorfase gehouden zijn gegevens te vergaren. Zolang aan de naleving van dergelijke plichten geen sancties zijn verbonden, is het de vraag of partijen daadwerkelijk tot die gegevensverzameling overgaan. Het normerende karakter van de voorfase van het proces blijft voorlopig een behoorlijk verschil tussen het civiele en het bestuursrechtelijke procesrecht.

5. De bewijslastverdeling

In mijn proefschrift heb ik verslag gedaan van onderzoek naar de bewijslastverdeling in het bestuursrecht en daarbij aandacht besteed aan de verschillen tussen en de overeenkomsten met de bewijslastverdeling in het burgerlijk procesrecht. Hiervoor is reeds opgemerkt dat het bestuur, vergeleken met civiele procespartijen, een aparte positie inneemt. Zijn handelen staat in het teken van de behartiging van het algemeen belang. Het bestuur zal ernaar streven om rechtsaanspraken die daadwerkelijk bestaan toe te kennen en ongefundeerde aanspraken af te wijzen. Uiteraard kunnen tijd en middelen schaars zijn, maar binnen deze praktische beperkingen zal het er idealiter naar streven om besluiten op basis van de materiële waarheid te nemen. Dat heeft tot gevolg (of zou tot gevolg moeten hebben) dat het bestuur zich niet tegenover de belanghebbende plaatst, maar onbevangen een onderzoek naar de feiten instelt. In artikel 3:2 Awb zien we die verplichting terug: het bestuursorgaan vergaart bij de voorbereiding van een besluit de nodige kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen. Het bestuursorgaan draagt als rechtsvaststeller de verantwoordelijkheid voor een toereikend onderzoek naar de feiten. Dat betekent

52 *Kamerstukken II 2006/07, 30 951, nr.1, p. 18.*

echter niet zonder meer dat het dan ook zelf al het bewijsmateriaal moet verzamelen. Artikel 4:2 lid 2 van de Awb bepaalt namelijk dat de aanvrager van een besluit de gegevens verschaft die nodig zijn voor de beslissing en waarover hij redelijkerwijs de beschikking kan krijgen. Daarnaast kan de bijzondere wet op de belanghebbende de plicht leggen om bepaalde gegevens te verschaffen. Ook de belanghebbende kan de bewijslast toekomen. In het proces voor de rechter kunnen partijen worden aangesproken op de bewijslast die hen bij de besluitvorming toekwam.

Beziet men hoe de bewijslastverdeling in bestuursrechtelijke procedures uitvalt, dan kan de conclusie worden getrokken dat de bewijslastverdeling veelal in overeenstemming met artikel 150 Rv wordt verdeeld.⁵³ Degene die zich op een bepaald rechtsgevolg beroept, draagt de bewijslast voor de feiten die dat rechtsgevolg doen intreden. Zo dient het bestuursorgaan, dat ambtshalve een belastend besluit wil nemen, op basis van artikel 3:2 Awb al het bewijsmateriaal te verzamelen. De belanghebbende die een voor hem begunstigend besluit aanvraagt – en daarmee verzoekt een bepaald rechtsgevolg te laten intreden –, zal op basis van artikel 4:2 lid 2 Awb de benodigde gegevens dienen te verschaffen. De regel van bewijslastverdeling van artikel 150 Rv ligt in grote mate ook ten grondslag aan het systeem van de artikel 3:2 en 4:2 lid 2 Awb.

Toch bestaan er ook duidelijke verschillen met de civielrechtelijke bewijslastverdeling. Waar in het civiele procesrecht de nadruk ligt op de verdeling van het bewijsrisico, gaat in het bestuursprocesrecht de meeste aandacht uit naar de verdeling van de bewijsvoeringslast. Artikel 150 Rv wordt vooral gezien als een middel om knopen door te hakken.⁵⁴ Blijft onduidelijkheid bestaan over de feiten, dan wordt het nadeel dat daaraan is verbonden aan een van de partijen toegedeeld. Het bewijsrisico komt voor haar rekening en de vordering of het verweer van deze partij wordt afgewezen wegens een gebrek aan feitelijke grondslag. Om te voorkomen dat deze partij werkelijk dit nadeel lijdt, zal zij zich inspannen om bewijsmateriaal bijeen te brengen. Zij vervult dan haar ‘bewijsvoeringslast’. In het bestuursrecht wordt doorgaans op een andere manier geredeneerd. Tijdens de besluitvorming zullen bestuur en belanghebbende in een zekere samenwerking de gegevens achterhalen. Dat komt het meest duidelijk naar voren wanneer een besluit op aanvraag wordt voorbereid. De aanvrager levert de relevante gegevens aan, maar ook het bestuursorgaan vervult daarbij een rol. Zo nodig zal het bestuur de belanghebbende moeten voorlichten over de (aard van de) te verstrekken gegevens, moeten bezien of de gegevens voldoende zijn voor de besluitvorming en soms om een aanvulling verzoeken. Daarna dienen de verstrekte gegevens te worden geverifieerd. Dat vergt een zeker onderzoek naar de feiten door het bestuur en soms zal het zelf een taak hebben om ontbrekend bewijsmateriaal alsnog te vergaren. Het bestuur komt hier

53 Schuurmans 2005, p. 138, 141, 211 e.v. en in het bijzonder p. 317 e.v.

54 W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling*, Deventer: Kluwer 2004, p. 39 e.v.; I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de bewijslast, de bewijsvoeringslast, het bewijsrisico en de bewijsrisico-omkering in het aansprakelijkheidsrecht*, diss. Tilburg, Den Haag: BJu 2001, p. 12 e.v.; Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, p. 46.

duidelijk een andere taak toe dan een reguliere civiele partij; uit het zorgvuldigheidsbeginsel vloeien andersoortige plichten voor hem voort. Neemt het bestuursorgaan een belastend besluit, of trekt het bijvoorbeeld een uitkering in, dan is de 'samenwerking' tussen bestuur en belanghebbende uiteraard beperkt. Maar ook in dat geval is het mogelijk dat het bestuur niet als enige voor de bewijslevering hoeft zorg te dragen. Regelmatig zal in de bijzondere wet een plicht van de belanghebbende zijn neergelegd om bijvoorbeeld een administratie te voeren en bepaalde inlichtingen aan het bestuur te verstrekken. De bestuursrechter controleert met name of partijen deze bewijsvoeringslasten hebben vervuld. Heeft het bestuursorgaan in het proces van feitenverzameling een zorgvuldigheidsnorm niet nageleefd, dan komt het besluit voor vernietiging in aanmerking. In beroep beantwoordt de rechter vaak primair de vraag of het bestuursorgaan het zorgvuldigheidsbeginsel voldoende heeft nageleefd en niet direct de vraag of een bepaald feit al dan niet vaststaat. Het vraagstuk naar de bewijsrisicoverdeling verdwijnt daardoor naar de achtergrond. Uiteraard bestaan er ook in het civiele recht middelen om de informatieverstrekking door partijen te stimuleren, met name ter compensatie van een onderling machtsverschil. Zo komen ook in het burgerlijk recht materiële wetten voor waarin een informatie- of mededelingsplicht staat⁵⁵ en is in de jurisprudentie een verzwaarde motiveringsplicht ontwikkeld.⁵⁶ In een beperkt aantal type zaken zal de focus in het proces naar de bewijsvoeringslast verschuiven. Echter, in de grote meerderheid van de gevallen staat de vraag centraal of een gesteld feit voldoende is bewezen en of een bewijsrisico aan een partij moet worden toegedeeld.

6. De bewijslevering; getuigenbewijs

In de voorgaande paragrafen is herhaaldelijk stilgestaan bij het moment van bewijslevering in beide processtelsels. In een bestuursrechtelijke zaak vindt de bewijslevering hoofdzakelijk in de besluitvormingsfase plaats; in een civiele zaak vormt het proces de arena waarin het bewijs wordt geleverd. Verschillende factoren zorgen ervoor dat de aanvullende bewijslevering binnen het bestuursrechtelijk beroep regelmatig vrij beperkt is: de bewijsfuik, het gebrek aan vooronderzoek, het ontbreken van bewijsopdrachten door de rechter en de trechterwerking in appel.⁵⁷ Het civiele proces kent geen of weinig beperkingen van deze aard.⁵⁸ Met name op het punt van de bewijsopdracht kan men zich afvragen of dat verschil in procesrecht gerechtvaardigd is. Nadere bewijslevering in het bestuursrechtelijke beroep is lang niet altijd noodzakelijk, maar als die noodzaak zich wel voordoet, hebben partijen

55 In het arbeidsrecht bijv. komen dergelijke plichten regelmatig voor. Zie C. Bosse, *Bewijslastverdeling in het Nederlandse en Belgische arbeidsrecht*, diss. Tilburg, Deventer: Kluwer 2003, p. 277 e.v.

56 Asser 2004, p. 115-117; C. Bosse 2003, p. 32.

57 Zie Willemsen 2005, p. 259 e.v.

58 De aanvankelijk door de commissie Fundamentele herbezinning voorgestelde beperking van de herkansingsfunctie van het civiele appel, is door de Minister van Justitie van de hand gewezen, *Kamerstukken II* 2006/07, 30 951, nr.1, p. 28.

er belang bij om te weten welke bewijsverrichting van hen worden verwacht. Misschien is die behoefte nog wel groter dan in het civiele recht, nu de Awb geen bewijsregels kent en bewijsregels voor de rechterlijke fase nog weinig ontwikkeld zijn.

Naast deze algemene opmerking over de bewijslevering, wil ik nog aandacht besteden aan een specifiek bewijsmiddel, namelijk het getuigenverhoor. De inzet van dat bewijsmiddel in het bestuursrechtelijke en het civiele geding verschilt behoorlijk. Wat overeenkomt is dat er in het rechterlijk proces een voorliefde bestaat voor schriftelijk bewijsmateriaal, liefst ambtsedig opgemaakt.⁵⁹ Zo heeft in het bestuursrecht een ambtsedig opgemaakt proces-verbaal grote bewijskracht, net als bepaalde officiële registraties⁶⁰ en kent het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering dwingende bewijskracht toe aan authentieke akten.⁶¹ Echter, niet alle feiten kunnen even goed aan de hand van schriftelijke stukken worden bewezen. De getuigenverklaring kan dan een nuttige functie vervullen. Aan een ruimhartige praktijk van het horen van getuigen zijn evenwel ook nadelen verbonden. Een getuigenverhoor neemt veel tijd in beslag en de toegevoegde waarde van de verklaring is soms beperkt. Het civiele en het bestuursrechtelijke geding hebben binnen dit spanningsveld een verschillend evenwicht gevonden.

Een groot verschil ligt in de gehoudenheid van de rechter om een getuige te horen.⁶² Uitgangspunt in het civiele recht is dat de rechter een getuigenverhoor beveelt, zo vaak een van de partijen hem daarom verzoekt.⁶³ In de jurisprudentie wordt de eis gesteld dat het bewijsaanbod ter zake dienend moet zijn, het niet te vaag mag zijn en tijdig moet worden gedaan.⁶⁴ Bij de beslissing getuigenbewijs toe te staan mag de rechter niet zijn verwachting betrekken of het bewijs ook daadwerkelijk geleverd gaat worden. Hij mag niet op het resultaat van de bewijslevering vooruit lopen. Zo kan een bewijsaanbod niet worden gepasseerd 'omdat een begin van bewijs zelfs niet aannemelijk is geworden'.⁶⁵

De bestuursrechter heeft veel meer armslag. Hij kan afzien van het horen van getuigen wanneer hij van oordeel is dat dit redelijkerwijs niet kan bijdragen aan de beoordeling van de zaak.⁶⁶ Een zogenaamd prognoseverbod geldt daarbij niet. Hij kan verlangen dat er op basis van de schriftelijke stukken reeds enig vermoeden moet zijn gevestigd dat het gestelde waar zou kunnen zijn.⁶⁷ Ziet de rechter af van het horen van getuigen, dan lijkt het geen vaste regel dat hij die beslissing in de

59 Vgl. Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, p. 129.

60 Schuurmans 2005, p. 107.

61 Art. 157 Rv; tegen dwingend bewijs staat wel tegenbewijs open, art. 151 Rv.

62 De Hoge Raad oordeelde dat verschil niet groot genoeg om de regels van de formele rechtskracht te doorbreken, HR 7 mei 2004, AB 2004, 439 m.nt. GAvdV, JB 2004/202 m.nt. EvdL en NJ 2005, 131.

63 Art. 166 Rv.

64 Zie uitgebreid D. Reisig, *Het aanbod van getuigenbewijs*, diss. Amsterdam, UvA, S.l.: s.n 2005.

65 HR 6 april 2001, NJ 2002, 385.

66 Art. 8:63, lid 2 Awb.

67 CBb 26 februari 1996, AB 1996, 343 m.nt. JHvdV; CRvB 4 februari 1993, TAR 1993, 60.

uitspraak dient te vermelden.⁶⁸ Daardoor geldt er, anders dan in het civiele recht, geen eenduidige plicht voor de rechter om de passering van het bewijsaanbod te motiveren. Dit stelsel leidt ertoe dat in de praktijk de bestuursrechter vrijwel geen getuigen hoort.⁶⁹

De huidige civielrechtelijke regeling waarbij zeer ruimhartig getuigen moeten worden gehoord, ligt onder vuur omdat zij leidt tot inefficiënte procedures. De fundamentele herbezimmers bepleiten daarom, dat vóór de mondelinge behandeling schriftelijke verklaringen moeten worden overgelegd van de eventueel te horen getuigen, althans een samenvatting van wat zij zouden kunnen verklaren.⁷⁰ Aan de hand daarvan kan de rechter beoordelen of een verhoor nodig is in het belang van de waarheidsvinding. Daarbij hechten zij er wel belang aan dat die schriftelijke verklaring in een contradictoire omgeving tot stand komt. Wil de schriftelijke verklaring evenveel bewijskracht hebben als een voor de rechter afgelegde getuigenis, dan moet de getuigenverklaring in het bijzijn van alle partijen zijn afgelegd en vastgelegd.

Gezien deze ontwikkeling lijkt het bestuursrechtelijk geding er niet bij gebaat dat het civielrechtelijke prognoseverbod zomaar zou worden overgenomen. Daarbij komt dat de bestuursrechter reeds over het schriftelijke besluitvormingsdossier beschikt, zodat de behoefte aan getuigenbewijs beperkt zal zijn tot slechts bepaalde procedures. Andere waarborgen uit de civiele regeling van het getuigenbewijs zijn meer het overwegen waard. De herbezimmers vragen aandacht voor de contradictoire wijze waarop een schriftelijke getuigenverklaring tot stand komt. In het bestuursrecht bestaat daar weinig aandacht voor. Dat is een belangrijke constatering. Veel bewijsmateriaal wordt in de bestuurlijke fase vergaard, maar er bestaan nauwelijks regels over de wijze waarop die informatie zou moeten worden verkregen.⁷¹ In het geval getuigenbewijs een nuttige functie kan vervullen, zou het bijvoorbeeld aanbeveling verdienen dat de bezwaarschriftencommissie getuigen in het bijzijn van het bestuursorgaan en de belanghebbende hoort. Een ander niet te rechtvaardigen verschil ligt in de motiveringsplicht van de rechter. Net als in het civiele recht zou op de bestuursrechter een eenduidige plicht moeten rusten om zijn beslissing ten aanzien van een aanbod tot getuigenbewijs in de uitspraak te motiveren. Die rechterlijke motiveringsplicht zou eigenlijk moeten worden uitgebreid tot elk bewijsaanbod en verzoek om rechterlijk onderzoek. Op dat vlak valt op beide rechtsgebieden nog een behoorlijke slag te maken: zowel bij de fundamentele herbezinning als bij de

68 ABRvS 26 januari 2005, *AB* 2005, 374 m.nt. De Bock (er is geen verplichting) en ABRvS 2 augustus 2006, *JB* 2006/274 (het had wel in de rede gelegen de motivering van de weigering in de uitspraak op te nemen).

69 Barkhuysen, Damen e.a. 2007, p. 212; in 2 van de 349 onderzochte dossiers is in het vooronderzoek een getuige gehoord.

70 Asser, Groen, Vranken 2006, p. 91.

71 Vgl. Barkhuysen, Damen e.a. 2007, p. 327 en 338, aanbeveling 13.

derde evaluatie van de Awb wordt de aanbeveling gedaan dat de rechter op élk verzoek om een bewijsverrichting gemotiveerd reageert.⁷²

7. Conclusie

In deze bijdrage is gezien in welke mate de uitgangspunten van het civiele en het bestuursrechtelijke bewijsrecht van elkaar verschillen. Het grootste verschil is gelegen in de uiteenlopende taak van de civiele rechter en de bestuursrechter. Doordat in het bestuursrecht het bestuursorgaan als eerste gezaghebbend de feiten vaststelt, verschilt het perspectief van waaruit de bestuursrechter naar de feiten kijkt behoorlijk van dat van zijn civiele collega. De relevante gegevens worden grotendeels in de voorfase verzameld, waardoor de behoefte aan aanvullende bewijslevering in beroep beperkt kan zijn. Vanuit praktische overwegingen bewaart de rechter afstand tot de feitenvaststelling. Geeft hij een oordeel over de feiten, dan geeft hij veelal aan welke bewijsplichten er op het bestuur en de belanghebbende rusten ten tijde van de voorbereiding van het besluit. Het bestuursrechtelijke bewijsrecht voorziet in eerste instantie in bewijsregels voor de besluitvormingsfase en pas in tweede instantie in regels voor het rechterlijk proces. Dat maakt het bewijsrecht van beide rechtsstelsels soms lastig te vergelijken. Ook de staatsrechtelijke verhouding tussen bestuur en rechter is relevant voor de rechterlijke taak. De bestuursrechter kan niet onbeperkt bewijsmateriaal, dat het bestuur niet kende, in zijn beoordeling betrekken. Daarnaast resulteert het oordeel van de bestuursrechter niet steeds in een definitieve vaststelling van de feiten, omdat het bestuur nog discretie toekomt.

Een ander belangrijk verschil vormt de onvergelykbare positie van het bestuursorgaan met een reguliere partij in het civiele geding. Het bestuur behartigt het algemeen belang en dient vanuit volstrekte onpartijdigheid de rechtsregels toe te passen. De waarheidsvinding zou daardoor meer onbevangen moeten plaatsvinden dan in een geschil waarin beide partijen een eigen belang hebben bij de juiste presentatie van de feiten. De algemene verantwoordelijkheid van het bestuur voor een deugdelijke feitenvaststelling (het zorgvuldigheidsbeginsel) kleurt het leerstuk van de bewijslastverdeling.

Deze principiële punten verhinderen dat binnen het bestuursrecht en het civiele recht eenzelfde bewijsrecht kan gaan gelden. Dat wil echter niet zeggen dat het onmogelijk is om meer eenheid in het bewijsrecht te brengen. Meer eenheid zou bijvoorbeeld ontstaan wanneer ook in het civiele recht partijen in de voorfase worden verplicht tot gegevensuitwisseling en zij op die plicht in het proces kunnen worden aangesproken. Op dit moment ligt die ontwikkeling echter niet in de lijn der verwachting. Voor een blijvend verschil zijn ook wel inhoudelijke argumenten aan te dragen. Zou in het bestuursrecht de verplichting tot gegevensverstrekking in de voorfase ontbreken, dan zou een essentiële taak in de rechtsstaat worden gefrustreerd: het bestuur zou de wet niet goed kunnen uitvoeren. De maatschappij kán erbij zijn

72 Asser, Groen, Vranken 2003, p. 87 en Barkhuysen, Damen e.a. 2007, p. 340, aanbeveling 19.

gebaat wanneer civiele partijen voldoende over elkaars informatie beschikken, maar het positieve effect staat niet zonder meer vast. Het gevaar bestaat dat partijen hoge kosten moeten maken in de voorfase ten behoeve van de gegevensverzameling, zonder dat zij zeker zijn dat zij een proces willen gaan voeren. In uitzonderlijke gevallen zou dat het recht op toegang tot de rechter kunnen belemmeren.

Voorts zou meer eenheid kunnen, en naar mijn mening ook moeten, ontstaan in de waarborgen waarmee de bewijslevering in het proces is omgeven. Waarom zouden partijen in het bestuursrechtelijke proces spontaan al het relevante bewijs moeten kunnen leveren en hebben zij geen recht op een expliciete bewijsopdracht? Waarom hoeft de bestuursrechter zijn beslissing op een verzoek om getuigenbewijs niet steeds in de uitspraak te vermelden en te motiveren? Mijns inziens bestaan er geen redenen om dergelijke waarborgen en voorzieningen niet bij beide rechtsgebieden in acht te nemen. De grootste gemeenschappelijke tendens op bewijsrechtelijk gebied is denk ik gelegen in de behoefte aan een duidelijke regie door de rechter bij het verzamelen van bewijsmateriaal, zodat de feitenvaststelling zo dicht mogelijk bij de waarheid aansluit. Zowel in het bestuursrecht als het civiele recht wordt die regietaak van de rechter nader ontwikkeld. Op dat vlak naderen de tegenliggers elkaar en zouden zij op hetzelfde punt uit moeten komen.